Ueber den Tausch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

an der

Grossh. Landes-Universität Rostock

von

H. Seeger,

Referendar.

Rostock.

Universitäts-Buchdruckerei von Adler's Erben.

1890.

I.

Einleitung.

§ 1.

Entstehung einer Obligation. Die Innominatkontrakte.

Die Frage nach der Entstehung einer Obligation ist nach Römischem und gemeinem Recht verschieden zu beantworten. Indem das Römische Recht davon ausging, dass die blosse Erklärung des Gläubiger- beziehungsweise Schuldnerwillens für sich allein keinesweges genügend sei, um die Rechtswirkung Obligation zu erzeugen, und sein Prinzip in dem negativen Satze: nuda pacta obgligationem non pariunt formulierte, stellte es ein Schema von Thatbeständen auf und machte von dem Vorhandensein eines dieser Thatbestände die Entstehung der Obligation überhaupt abhängig. So verlangte es ausser dem übereinstimmendem Wollen und Erklären der Parteien teils eine genau fixierte Form der Willenserklärung (Formalkontrakte), teils liess es erst durch die Hingabe der „res“ (Realkontrakte) oder durch Vorleistung von einer Seite (Innominatkontrakte) den klagbaren Vertrag entstehen. Eine Ausnahme von der Regel machten, abgesehen von den weniger bedeutsamen pacta legitima und praetoria, sowie den pacta adiecta, insbesondere die Konsensualkontrakte,

aber es waren dies doch nur ganz bestimmte, an Zahl begrenzte Fälle und nie ist das Recht darüber hinausgegangen. Im scharfen Gegensatze hierzu hat das gemeine Recht an die Spitze seines Obligationenrechts den Satz von der Gültigkeit und Klagbarkeit formlos abgeschlossener Verträge gestellt, eine folgenreiche, merkwürdige Erscheinung, die man auf die mannigfachste Art zu erklären versucht hat.

Es kann hier nicht der Ort sein, auf die aufgetretenen verschiedenen Ansichten näher einzugehen[1]), ebensowenig können wir schon hier auf die Frage nach der mehr oder minder grösseren Berechtigung des römischrechtlichen oder gemeinrechtlichen Prinzips eine befriedigende Antwort geben, auf das eine aber möchten wir doch hinweisen: das gemeinrechtliche Prinzip wurde, wie wir eben gesehen, schon von den Römern für Konsensualverträge, also beschränkt angewandt. Diese beschränkte Anwendung hat dem grossartigen Römischen Verkehr gegen Ende der Republik und Anfang der Kaiserzeit genügt. Sollte die ausnahmslose, radikale Durchführung des Prinzips, sollte die heutige grosse Leichtigkeit des Vertragsschlusses in ihrer Allgemeinheit uns Vorteile gebracht haben, und demnach das Streben, das auch heute wenigstens für bestimmte Kategorieen von Verträgen wieder nach einer Form, wenn auch nicht der Römischen geht, unbegründet sein?

Wir werden in den folgenden Erörterungen Gelegenheit finden, diese Fragen zu berühren.

Bevor wir uns nun zu unserem engeren Thema wenden, möchten wir uns noch einige Bemerkungen zu den Innominatkontrakten überhaupt gestatten. Es ist schon oben darauf hingewiesen worden, dass bei ihnen, den Verträgen auf Leistung gegen

---

[1]) Man vgl. insbesondere Seuffert, Zur Gesch. d. obl. Verträge S. 4 ff.

Leistung, die Römer die Obligationsbegründung und damit die Klagbarkeit abhängig gemacht haben von der Vorleistung von einer Seite. Das ältere Recht negierte die Klagbarkeit derartiger Verträge überhaupt und gab dem, der geleistet hatte, nicht die Klage auf die versprochene Gegenleistung, sondern nur die condictio, die Klage auf Rückforderung des Geleisteten. Erst das grössere Betonen des Vertragsmoments führte in der Kaiserzeit zu einseitiger Vertragsklage, wenn man so sagen darf, aber immer noch in freier Wahlkonkurrenz mit der condictio. Und diese condictio liess man selbst dann noch zu, wenn die Gegenseite ihrerseits zur Erfüllung bereit war: im wahren Sinne des Wortes ein Reuerecht[1]), das jederzeit bis zur Erbringung der Gegenleistung dem, der geleistet hatte, die Befugnis des Rücktritts gewährleistete, ihn gewissermassen von dem Beharren bei seiner vertragsmässigen Pflicht entfreite. Klagbar in vollem Umfange sind die Innominatkontrakte nie geworden, nur einseitig klagbar aus einseitiger Erfüllung stehen sie im Römischen Kontraktssystem und zeigen, wie ungern das Recht ihnen die Rechtswirkung Obligation gewährte. Den Ausgangspunkt ihres einseitigen Klagerechts aber bildete der Trödelvertrag, bei dem der Praetor ex bona fide die actio aestimatoria praescriptis verbis aufstellte[2]), mittelst welcher die hingegebene Sache oder der abgeschätzte Preis zurückgefordert werden konnte. Es war nur ein Schritt weiter, wenn in der Folge die besondere Klage des Trödelvertrages sich zur allgemeinen Klage sämmtlicher Innominatkontrakte entwickelte, in den einzelnen Fällen zur analogen actio prae-

---

[1]) Ausdrücklich von einem solchen Reuerecht spricht fr. 3 § 2 de cond. c. d. c. n. s. 12. 4: sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas: si non facis, possum condicere, aut si me paeniteat, condicere possum.

[2]) fr. 1. pr. de aestim. 19. 3.

scriptis verbis auf die versprochene Gegenleistung überhaupt wurde.

Mit dem Aufkommen des gemeinrechtlichen Satzes von der Klagbarkeit formlos abgeschlossener Verträge wurde dann das Römische Kontraktssystem bis in seine Grundvesten erschüttert, mussten die alten Innominatkontrakte mit ihren Besonderheiten verschwinden, musste das Reuerecht fortfallen[1]) und die einseitige actio praescriptis verbis zur gewöhnlichen Vertragsklage beider Paziszenten auf beiderseitige Erfüllung ihrer vertragsmässigen Pflichten werden.

---

[1]) Man vergl. das Erkenntnis des O. A. G. Wiesbaden vom 5. Sept. 1838 (Seuffert's Archiv I. 207).

II.

Der Tausch im Römischen (gemeinen) Recht.

§ 2.

Begriff. Abgrenzung.

Wenn es wahr ist, dass omnis definitio periculosa est, so bestätigt sich das wieder in vollem Umfange beim Tausch. Hier, wenn irgendwo, liegt die Gefahr nahe, durch übergrosse Ausdehnung des Begriffs zweierlei mit einander zu konfundieren: den so vielen Rechtsgeschäften innewohnenden Grundgedanken des Tauschens und das Rechtsgeschäft Tausch, das als besonderer Vertrag an die Seite der übrigen Verträge tritt. Mit Recht hat Sintenis[1]) auf die Notwendigkeit dieser Unterscheidung aus didaktischen Gründen nachdrücklich hingewiesen und nur die Definition des Rechtsgeschäfts als juristisch von Bedeutung hingestellt, allein es möchte uns scheinen, als ob auch er nicht gerade eine scharfe und präzise Definition des Tausches gegeben hätte, wenn es bei ihm heisst, Tauschverträge seien überall da vorhanden, „wo der Begriff des Preises für keine der

[1]) Sintenis, Prakt. gem. Civilrecht § 115. Aehnlich heisst es in einer Greifswalder Dissertationsschrift des Mascovius aus d. J. 1702 (Thes. V.): Dicitur autem permutationis vocabulum, ut in propatulo est, a permutando; Et accipitur in jure dupliciter, late nimirum et strictum. Late et generaliter si sumatur, omnibus contractibus justitiae commurativae applicatur, et omnem contractum, per quem res cum re permutatur, comprehendit. Stricte vero et specialiter sumitur pro negotio innominato, seu pro eo tantum contractu, qui mutua rerum mutatione et translatione constat . . . et haec acceptio est huius loci, atq.; germanice dicitur ein Tauſch.

gegenseitigen Leistungen ausschliesslich in Anspruch genommen werden kann, sondern er für jede passt.“ Wir möchten das Wort „Preis“ aus der Definition gänzlich entfernt wissen, um klar den Unterschied vom Kauf, als dem Umsatz von Waaren gegen einen Preis hervorzuheben, von dem die Römer in der späteren Zeit den Tausch so scharf schieden, und den Tausch vielmehr als das Versprechen von Waare gegen Waare, von Sache gegen Sache bezeichnen. Es hat sich freilich in der That wegen der grossen Verwandtschaft beider Verträge auch im Römischen Recht eine Strömung geltend gemacht, beide nach denselben Gesetzen zu behandeln[1]) und, wie man gestehen muss, waren es eigentlich ganz naturgemässe Erwägungen, die dahin führten: der älteste Kauf spielte sich in den Formen des Tausches ab[2]), was lag näher, als den Tausch für eine Form und zwar die älteste des Kaufs zu halten, was demgemäss näher, als den Tausch nun auch den Regeln des Kaufs zu unterstellen? Das Recht scheute sich ja sonst nicht, seine Schlüsse über den Begriff hinaus zu ziehen und Analoges analog zu behandeln. Indessen die Ansicht der Sabinianer, die für die Gleichstellung beider Verträge eintraten[3]), vermochte sich gegenüber der von den Proculianern verfochtenen Lehre, wonach der Kauf zwar aus dem Tausch

---

[1]) In der ältesten Zeit behandelte man sicher alle Fälle des Tausches, die etwa vor den Richter kamen, analog dem Kauf und erst der weiter unten erwähnte Schulstreit inaugurierte eine besondere Behandlung des Tausches nach besonderen Regeln.

[2]) fr. 1 pr. de c. e. 18. 1: Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur . . .

[3]) fr. 1 § 1 de c. e. 18. 1: Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse . . . sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere . . .

hervorgegangen, dann aber seine eigenen Wege gewandelt sei, nicht zu halten, und Kauf und Tausch traten auseinander: der eine als bevorzugter Konsensualkontrakt, klagbar mit dem blossen Konsense der Parteien, mit seinem mehr und mehr sich entwickelnden Spezialcharakter, scharf geschieden von dem anderen, der sich den Innominatkontrakten zugesellte und wie jene alle erst durch die Vorleistung von einer Seite zur Klagbarkeit gelangte. Heute, wo dies wichtigste Vorrecht des Kaufs, seine Klagbarkeit auf Grund blosser Willenseinigung der Parteien, Gemeingut aller Verträge geworden ist, hat sich die Sache allerdings bedeutend geändert, und man hat nicht selten versucht, nunmehr, wo dies formale Bedenken geschwunden, die Regeln des Kaufs als einfache logische Konsequenz auch auf den Tausch anzuwenden. Es sei uns indessen gestattet, schon hier in Kürze die Hauptunterschiede beider hervorzuheben, die auf der Verschiedenheit ihres Grundcharakters beruhen und nach wie vor mit allem Nachdruck fordern, genau zu prüfen, ob nicht die Regel des einen dem Wesen des anderen zuwiderlaufe:

1. Ueberall beim Kauf treffen wir den Gegensatz von Waare und Preis; beim Tausch steht Waare gegen Waare.

2. In ganz verschiedener Weise gestalten sich beim Kauf die Pflichten des Verkäufers und des Käufers; der Tausch kennt keine Käufer- oder Verkäuferrolle, hier sind die Pflichten der Paziszenten prinzipiell gleiche.

3. Der Kauf trägt regelmässig scharf ausgeprägten Interessencharakter, der Tausch den grösserer Freundschaftlichkeit, indem „die Parteien sich über den Wert der getauschten Sachen in den meisten Fällen garnicht einmal klar werden.“ [1])

---

[1]) Man vgl. Bernhöft, Kauf, Miethe . . . S. 15 ff.

Demgemäss heisst es dann auch bei Paulus fr. 1 pr. de rer. permutatione (künftig h. t. zitiert) 19. 4:

Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes.

und weiter:

sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis.

Es ist kein Zufall, wenn sich einige Fälle finden, die sich gewissermassen als Bindeglied zwischen beide schieben und die man recht bezeichnend mit dem Worte „Tauschhandel" benannt hat, weil sie ein Doppeltes in sich vereinen, das „Waare gegen Waare" mit dem Tausch und das Realisieren zu vollem Werte (Preise) mit dem Kauf. Wenn nun auch in der Praxis diese Fälle nicht gar so selten auftreten, und wenn auch für sie die Regeln des Kaufs zweckdienlicher sein mögen als die des Tausches, so bleiben sie doch immer ihrem Wesen nach Tauschverträge und man darf doch wohl kaum diesen Ausnahmefällen zuliebe einfach die Bestimmungen des Kaufs auch für die Regel der Fälle eintreten lassen.[1]) Ein Einwand liesse sich allerdings machen. Wenn Bernhöft a. a. O. bemerkt: „der Tausch kommt gerade wegen seines freundschaftlichen Charakters selten vor die Gerichte und fast nie vor die oberen Gerichte", so dürfte die Frage gestattet sein, ob in diesen seltenen Fällen nicht eben allemal der freundschaft-

---

[1]) Den Parteien ist ja übrigens stets die Möglichkeit gegeben, ein Geschäft, „bei dem die Gegenleistung keine Geldleistung ist, ausdrücklich als Kauf zu bezeichnen" und damit den Grundsätzen vom Kaufvertrage Geltung zu verschaffen (cf. Windscheid. Pand. II. § 385).

liche Charakter des Tausches dem geschäftsmässigen des Kaufs gewichen sei, und ob es nicht müssig erscheinen dürfte, für den freundschaftlichen Tausch, mit dem sich die Gerichte so selten, fast nie zu beschäftigen haben, besondere Regeln zu statuieren, die man lieber fallen lassen würde, wenn man sie dennoch einmal gerichtsseitig zur Anwendung bringen müsste, weil hier der geschäftsmässige Charakter der Fälle eine einfache analoge Anwendung der Regeln des Kaufs zutreffender erscheinen liesse. Indessen der Gedanke in dieser Form könnte doch wohl kaum ein glücklicher genannt werden. Die Thatsache, dass der Tausch selten und fast nur in den Ausnahmefällen des Tauschhandels vor die Gerichte gelangt, kann nicht genügen, um den Charakter eines Rechtsgeschäfts willkürlich zu ändern, nie rechtfertigen, aus Zweckmässigkeitsrücksichten die inneren entgegenstehenden Gründe allgemein bei Seite zu schieben.

Im Besonderen möchten wir jetzt hier noch auf einen oben schon angedeuteten Punkt näher eingehen, der uns geeignet erscheint, die Grenzlinie zwischen Kauf und Tausch klarer hervortreten zu lassen.

Wie wir ausführten, ist dem Kauf der Gegensatz von Waare und Preis eigentümlich. Dieser Kaufpreis muss in Geld bestehen; das Geld in seiner Eigenschaft als Wertmesser, als Wertrepräsentant ist ein unerlässliches Requisit jeglichen Kaufvertrages. Die Gegenseite zeigt uns der Tausch: hier wird Waare gegen Waare geleistet. Man wird demgemäss zu dem Schluss gelangen, ein Vertrag, bei dem von einer Seite eine Waare, von der anderen Seite Geld und nur Geld als Aquivalent zu leisten ist, kann nie ein Tausch, sondern muss allemal ein Kauf sein. Dem scheint nun fr. 16 de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 direkt zu widersprechen:

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id conractus genus pro portione emptionis et

venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum:

dann werden die Konsequenzen gezogen, die denn auch den Regeln des Kaufs vollständig konträr laufen:

et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

Wir möchten erwidern: einmal liegt unserer Ansicht nach hier keine permutatio, sondern ein anderer contractus do ut des vor, und, dass beide nicht identisch sind, darauf gedenken wir später einzugehen; und andererseits ist das entscheidende Moment, was den vorliegenden Fall vom Kauf trennt, eben der Wille der kontrahierenden Parteien, dem auch das Recht seine Anerkennung nicht zu versagen vermag. Daher zieht denn auch der Jurist in fine der vorliegenden Stelle seine besonderen Schlüsse, die auch bei der permutatio ähnlich sein würden und von denen später weiter die Rede sein wird, wenn wir von den Wirkungen des Tauschvertrages handeln.

Kommt indessen das Geld als Waare, Sache in Betracht, so kann es als solche gleicherweise gekauft[1]) wie getauscht werden: es wäre nicht abzusehen, warum man nicht z. B. Münze gegen Münze tauschen sollte.

Sondert sich somit der Tausch seinem Wesen nach scharf vom Kauf und haben die Römer gut daran gethan, beide auseinanderzuhalten, so möchte es jetzt nicht uninteressant sein, für die Stellung des Tausches im Römischen Kontraktssystem gewisser-

[1]) Fleßch, Jahrb. f. Dogmatik XIX. 334. Riesser, eod. XX. 201.

massen als historische Reminiszenz zwei Punkte zu erörtern, einmal: wie es kam, dass man den permutatio benannten Vertrag den unbenannten Verträgen zugewiesen und ferner: wie die permutatio sich zu dem Kontrakt do ut des verhielt, mit dem sie doch völlig identisch zu sein scheint.

1. Die erste Frage, die heute allerdings gänzlich belanglos ist, ist häufiger aufgeworfen. Antonius Faber wundert sich über die seltsame Erscheinung, einen benannten Vertrag unter den unbenannten Verträgen zu sehen, und meint, man hätte den Tausch weit besser den benannten Verträgen zugewiesen. Seydewitz[1]) dagegen glaubt, das entscheidende Moment in der der permutatio entspringenden actio praescriptis verbis erblicken zu dürfen, wenn es bei ihm heisst:

verum fabri sententia eo labi videtur, quod obligationes et actiones ex contractibus nominatis descendentes admodum discrepant ab iis, quae permutatione oriuntur: haec enim actionem praescriptis verbis gignit: quum, si vera esset Fabri sententia, actionem permutationis pareret, similem actionis depositi vel commodati, quarum appellationes nominibus contractuum consentaneae sunt.

Wir halten die von v. Seydewitz vertretene Ansicht für die richtige und glauben weiter, dass gerade in dieser actio praescriptis verbis ein Beweis für den mehr freundschaftlichen Charakter des Tausches gefunden werden kann. Der Tausch, so häufig im Leben, kam selten vor den Römischen Richter: man stellte demgemäss die tauschenden Parteien nicht ein für allemal unter eine actio permutationis mit festbestimmtem Normalgepräge, sondern half sich von Fall zu Fall: nach freiestem Ermessen des Praetors wurde hier wie bei allen Innominatkontrakten die actio in

[1]) v. Seydewitz. De permutatione. Inauguraldissertation. Hal. 1862.

factum, die actio praescriptis verbis gewährt, eine Klage, für die kein festes Formular existierte, sondern die der Praetor im Einzelfalle selbständig konstruierte und bei deren Formulierung er demgemäss alle Besonderheiten des vorliegenden Falles berücksichtigen, analoge Anwendung der Regeln verwandter Verträge bewirken und die Frage, welche Analogieen und inwieweit dieselben heranzuziehen waren, den konkreten Umständen entsprechend in voller Freiheit entscheiden konnte. Wir verweisen auf fr. 5 § 4 de praescriptis verbis 19. 5 und namentlich auf die entscheidenden Worte am Schlusse der Stelle:

sed tutius erit (et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis) praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni. [1])

2. In fr. 5 pr. de praescr. verb. 19. 5 reduziert Paulus bekanntlich alle Innominatkontrakte auf die vier Klassen: aut do tibi ut des: aut do ut facias: aut facio ut des: aut facio ut facias und fährt dann fort:

et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse . . .

Hieraus folgerte man, die permutatio und der contractus do ut des seien identisch. [2])

Allein bald erhob sich die Gegenstimme: Antonius Faber [3]) vor allen anderen suchte den Unterschied beider klar zu stellen. Wir lesen bei ihm:

Nescio, an quisquam adhuc dixerit, quod mihi

---

[1]) Man vgl. Bernhöft a. a. O. S. 13.

[2]) Man vgl. die feste und bestimmte Sprache bei Cujacius (T. V. S. 924): datur actio praescriptis verbis ex contractu do ut des, id est permutatio, und weiter: stulti sunt, qui faciunt differentiam inter permutationem et do ut des.

[3]) Man vgl. auch Glück, Commentar XVIII. § 1070 S. 112 ff.

videtur, in eo differe permutationem a contractu do ut des, quod permutatio non est, priusquam res, quae permutantur, vicissim dentur. At contractus do ut des fit ex eo solo, quod ego tibi do ea lege, ut vicissim mihi des.

⋮

Contractus igitur do ut des non permutatio est, sed principium permutationis . . . Denique permutatio non est, cum do ut des, sed cum do quia tu dedisti.

⋮

Denique permutatio non fit sine praecedente pacto permutandi . . .

At contractus do ut des praecedentem conventionem nullam desiderat.

Die Lösung der Streitfrage dürfte kaum ernstlichere Schwierigkeiten bereiten, wenn man sich vergegenwärtigt, wie viele verschiedene Bedeutungen das Wort permutatio im Römischen Recht hatte:

1. Einmal sprach man von einem placitum permutationis und bezeichnete damit die Einigung der Parteien, diese Sache gegen jene auszutauschen, ein rechtlich nicht realisierbares wechselseitiges Versprechen, sollte es nicht eben gerade in der Form der Stipulation gegeben sein (l. 3. C. de rer. perm. 4. 64):

ex placito permutationis re nulla secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.

Dies ist, wie Faber lehrte, das:

permutatio non fit sine praecedente pacto permutandi.

2. Ferner bezeichnete man mit dem Worte den perfekten Vertrag mit vollem wirthschaftlichem Effekt, wo beiderseits erfüllt, beiderseits ausgetauscht war, mit eigentümlichen juristischen Wirkungen in Bezug auf Mängel, Gefahr, Eviktion . . . In diesem Sinne konnte Faber mit Recht sagen:

permutatio non est, priusquam res, quae permutantur, vicissim dentur.

3. An letzter Stelle endlich verwandte man den Namen auch, wenn mit Erfüllung des Versprochenen seitens eines der Kontrahenten civilis obligatio eingetreten (fr. 1 § 2 h. t.):

permutatio ex re tradita initium obligationi praebet.

In diesem Sinne war die permutatio nichts anderes als der alte contractus do ut des, wie er klagbar nach der Vorleistung von einer Seite durch das Medium der actio praescriptis verbis.

Hier konnte man mit Cujacius sagen:

datur actio praescriptis verbis ex contractu do ut des, id est permutatio.

Nimmt man das Resultat, so dürfte, obwohl Faber im Einzelnen die verschiedenen Bedeutungen des Wortes nicht gerade allzu scharf trennte, doch sein Wort:

contractus do ut des genus, permutatio species

die Sachlage am besten veranschaulichen. Die permutatio ist ein Vertrag nach der Formel do ut des mit gleichem Beginn der Klagbarkeit, mit gleicher Klage (actio praescriptis verbis); aber sie hebt sich doch auch wieder selbständig mit eigenen juristischen Wirkungen aus der Zahl der übrigen contractus do ut des, sie tritt als negotium bonae fidei [1]) zu ihnen, die sämmtlich mit nur noch einer Ausnahme stricti juris sind, in einen gewissen Gegensatz: quidquid dare facere oportet ex bona fide heisst es bei der permutatio, wenn auch das „ausdrücklich gegebene Versprechen direkt auf dare einer certa res lautete". Auch hierauf macht Faber aufmerksam, wenn er ausführt:

Hinc vero fit, ut quamvis ex utroque permuta-

[1]) § 28 J. de act. 4. 6. l. 2 C. de rer. perm. 4. 64. Gemeinrechtlich gelten die Grundsätze der bonae fidei judicia überall.

tionis et do ut des, sicut ex ceteris innominatis, nascatur actio praescriptis verbis: ea tamen, quae ex permutatione oritur, bonae fidei sit, illa vero, quae ex contractu do ut des, sicut ceterae omnes, praeter aestimatoriam, sit stricti iuris.

Bei der Entscheidung nun, ob im Einzelfalle ein contractus do ut des oder speciell eine permutatio vorliegt, dürfte in erster Linie die Parteiintention zu berücksichtigen sein.

Das moderne Recht hat das blosse placitum permutationis der Römer schon zum vollwirksamen Tauschvertrag erhoben, getreu seinem Prinzip, der Einigung der Parteien als solcher überall Klagbarkeit zuzusichern.

§ 3.

Objekt des Tausches.

Definierten wir oben den Tausch als das Versprechen von Waare gegen Waare, so tritt hier die Frage an uns heran, was alles kann Waare und somit Objekt eines Tausches sein?

Objectum permutationis sunt omnes res, quae in commercio hominum sunt et alienari non prohibentur: sive eiusdem, sive diversi generis, corporales sive incorporales, mobiles sive immobiles, sive sint fungibiles, sive non fungibiles.

So die zitierte Greifswalder Dissertation in Thes. XII. Die Antwort lautet einfach und schafft, wie man gestehen muss, in fester, durchaus nicht zweifelnder Sprache einen weiten Kreis von möglichen Tauschobjekten. Indessen nicht ganz so sicher und selbstverständlich erschien sie den späteren Juristen, insbesondere herrschte darüber Meinungsverschiedenheit, ob ausser den Sachen im eigentlichen Sinne auch die res incorporales, Forderungen oder andere Rechtsobjekte, Gegenstand des Tausches sein

könnten.[1]) Uns will bedünken, als ob die Frage vom Standpunkte des Römischen Rechts aus zu verneinen wäre, und zwar aus formalen Gründen: einmal sprechen die Quellen immer nur von einer permutatio rerum und andererseits war doch die permutatio im Römischen Recht ein Kontrakt nach der Formel do ut des, bei einer Forderung hätte ja aber nur von einem „praestare" die Rede sein können, nie von einem „dare", wie sollte man also die Forderung unter die Formel bringen, die auf „dare" gestellt war? Es ist nun zwar auch heute noch allgemeine Uebung der Gerichte, sich in Urteilen und Erkenntnissen um die gesetzlichen Worte herumzuwinden, allein die alte Formel des Römischen Rechts für den Tausch ist, wie die „typisch normierte" Klage überhaupt für das Gebiet des Civilrechts verschwunden, das: dabis mihi factum, dabo tibi ius gilt für den Richter, und damit ist denn auch der alte Ausschliessungsgrund des Römischen Rechts gefallen und die Forderung für das heutige Recht unstreitig zum möglichen Objekt des Tausches geworden.

Es ist ferner von v. Seydewitz[2]) die Ansicht aufgestellt worden, dass das Objekt des Tausches allemal eine Spezies sein müsse und dass, falls es sich um ein Genus handle, kein Tausch, sondern irgend ein anderer Innominalkontrakt vorliege. Wir betrachten in Kürze die eigentümlichen Behauptungen und Schlüsse, durch die er seine Ansicht zu begründen sucht:

1. Zu verschiedenen Zeiten haben die verschiedenen Völker verschiedene (generisch bestimmte) Sachen als Geld benutzt (sane quisque vel leviter in huius modi rebus imbutus noverit, diversis temporibus

---

[1]) Man vgl. z. B.: Unterholzner, Schuldverhältnisse II, § 486 und andererseits: Holzschuher, Theorie u. Casuistik . . . II. 2. S. 745.

[2]) v. Seydewitz l. c. § 2.

eos (sc. diversos populos) diversis vice pecuniae usos esse rebus). — Es folgen die Beispiele vom Fell, Vieh . . . bis schliesslich zum Metall.

2. Alle (generisch bestimmten) Sachen können noch einmal als Geld benutzt werden (neque tamen quidquam impedit, quominus et aliis utamur rebus, quae functionem pecuniae recipiant).

3. Geld kann nun nicht Gegenstand eines Tausches sein, also wird auch kein Genus-Tausch möglich sein (sed cum placuerit, peruniam in permutationem venire non posse, manifestum esse puto, generis praestatione permutationem contrahi nullam).

Wir möchten erwiedern, dass es für das Römische Recht ziemlich gleichgültig sein kann, welche Sachen „diversi populi in diversis vivendi condicionibus" als Geld benutzt haben oder noch einmal benutzen werden, dass vielmehr nur das Römische Volk, das Römische Geld in Betracht kommen, wir möchten ferner nur auf die seltsame Supposition, den gänzlich verfehlten Schluss hinweisen, der sub 3. gezogen wird.

§ 4.

Wirkungen des Tausches: Eigentumsübertragung. Uebergang der Gefahr.

Wir halten es für zweckmässig, wenn wir in den nunmehr zu erörternden Punkten Kauf und Tausch parallel behandeln und es so versuchen, die für beide gemeinsam geltenden Regeln von den Specialbestimmungen zu sondern.

1. Wenn zwar beim Kaufe der Käufer die Verpflichtung hat, den Verkäufer zum Eigentümer des gezahlten Kaufgeldes zu machen, so existiert hier doch auf Seiten des Verkäufers gegenüber dem Käufer in Bezug auf die verkaufte Sache keine korrespondierende Verpflichtung, vielmehr gilt als

Prinzip der Satz des Africanus (fr. 30 § 1 de a. e. v. 19. 1):

venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat.

Ganz anders beim Tausch; hier ist jeder der Kontrahenten gehalten, dem anderen das Eigentum an der Tauschsache zu verschaffen. Es liegt uns vor fr. 1 pr. h. t., wo es heisst:

emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius.

Das in permutatione vero der Stelle lässt sich nur erklären aus dem Erfordernis wechselseitiger Eigentumsübertragung im Gegensatz zum Kauf. Man hat zwar auch so argumentieren wollen, dass man sagte,[1]) es komme bei der permutatio ein Doppeltes in Betracht, einmal ob das wechselseitig Gegebene ein pretium oder andererseits ob es eine merx sei, im ersten Falle müsse dann jederzeit Eigentum übertragen werden, im zweiten Falle aber sei nach Analogie des Kaufes zu entscheiden. Man möchte vergeblich sich bemühen, eine solche Unterscheidung durchzuführen, handelt es sich doch beim Tausch allemal um Waare gegen Waare; den Gegensatz zwischen merx und pretium kennt der Tausch überall nicht.

Mit dieser Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an der Tauschsache von Kontrahent zu Kontrahent aber steht die andere Regel des Tausches in engem Zusammenhange, dass die dem anderen Kontrahenten übertragene Sache immer im Eigentum des gebenden Kontrahenten gewesen sein muss (fr. 1 § 3 h. t.):

---

[1]) Man vgl. Glück XVIII. § 1070, S. 121.

itaque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem,

wohingegen eine fremde Sache sehr wohl Gegenstand eines Kaufes sein kann[1]) (fr. 28. de c. e. 18. 1):

rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.

2. Die Frage nach der Tragung der Gefahr haben die Römer für den Kauf prinzipiell dahin beantwortet, dass, sobald eine Einigung der kontrahierenden Parteien über Waare und Preis erzielt ist, d. h. vom Moment der Perfektion des Vertrages an, die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der Verschlechterung der Waare auf den Käufer übergeht — periculum est emptoris.[2])

Man hat diesen berühmten Satz des Römischen Rechts in sehr verschiedener Weise erklären wollen. Windscheid sieht den Grund des Satzes „in der Entäusserungsnatur des Kaufs, die zu der Auffassung geführt habe, dass die Kaufsache, was das Verhältnis zwischen den Parteien angehe, auch ohne Tradition als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen werde"[3]); Ihering operiert zur Rechtfertigung mit einer willkürlichen Fiktion von mora auf Seiten des Käufers;[4]) Dernburg meint, die Regel habe sich „historisch aus der ursprünglichen Struktur der synallagmatischen Verträge" entwickelt.[5]) Die letzte Ansicht dürfte in ihrem Rekurrieren auf die Geschichte das Richtige getroffen haben: eine Erklärung des Satzes aus allgemeinen Prinzipien lässt sich kaum denken, nur

---

[1]) Man vgl. auch Wochenblatt für Rechtspflege 1851, S. 251.
[2]) § 3 J. de e. et v. 3 23.
[3]) W. Pandekten II, § 390
[4]) J. Jahrb. f. Dogm. III, S. 462—466.
[5]) D. Pand. II, § 96, Anm. 3.

als das Produkt eines historischen Prozesses hat er seine Geltung erlangt und behauptet. Ob man aber die historische Entwicklung der synallagmatischen Verträge überhaupt als massgebend ansehen muss, dürfte fraglich erscheinen, die Entwicklungsgeschichte des Kaufs für sich schon von der alten mancipatio an mag genügen, um die Herkunft des Satzes zu erklären, um den Satz als eine Besonderheit des historisch entwickelten Kaufs zu erkennen.[1])

Von diesem Standpunkte aus können wir einer einfachen Uebertragung des Satzes auch auf den Tausch nicht beistimmen; wir können ferner der Ansicht, dass der Zeitpunkt der Perfektion des Vertrages, der beim Tausch mit der von einer oder beiden Seiten erfolgten datio beginne,[2]) entscheidend sei, nicht beitreten. In Wirklichkeit hiesse auch das den Satz vom Kauf auf den Tausch ausdehnen, wenn auch unter einer Modifikation, die man in Erinnerung an die Klagbarkeit der alten permutatio nicht auffallend finden mag, die aber jedenfalls heute als antiquitiert gelten muss, da das heutige Recht der Vorleistung als solcher keinerlei Bedeutung für die Entstehung des Vertrages überhaupt mehr beilegt. Man hat sich zur Begründung besonders auf fr. 5 § 1 de praescr. verb. 19. 5 berufen:

sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes,

allein mit Recht weist Glück[3]) darauf hin, dass hier bloss von der actio praescriptis verbis die Rede sei, damit aber keineswegs die condictio ob causam datorum ausgeschlossen werde, die Stelle

[1]) Man vgl. Bernhöft a. a. O. S. 45. Dass übrigens auch den Römern der Satz als nicht unbedenklich erschien, darauf weist Dernburg Pand. II. § 96. Anm. 2. mit Recht hin.

[2]) Man vgl. v. Vangerow Pand. III. § 591. v. Holzschuher Theor. u. Casuist. II. 2. S. 745.

[3]) Glück. XVIII. § 1070. S. 127.

mithin nur sagen wolle, dass hier wegen der nicht erfolgten Gegenleistung kein Interesse gefordert werden könne. Wir gestehen allerdings zu, dass diese Erklärung angesichts des Wortlauts der Stelle zunächst etwas gezwungen erscheinen muss, und wir möchten deshalb denn auch noch ausdrücklich auf die Entscheidung des Römischen Juristen in fr. 16 de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 betreffs des dort vorliegenden contractus do ut des Bezug nehmen, wo es heisst:

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares . . .
et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares . . . .

Somit werden wir in voller Uebereinstimmung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Gefahr beim Tausch erst mit der Uebergabe der Sache auf den Empfänger derselben als Eigentümer übergehen, den Satz: periculum est emptoris aber allein für den Kauf als seiner historischen Sonderentwicklung entstammend gelten lassen müssen. [1])

§ 5.

Wirkungen (Fortsetzung): Haftung wegen Mängel. Eviktion. Laesio enormis.

1. Ein Mangel einer Sache liegt allemal dann vor, wenn die Beschaffenheit derselben von der nach der Auffassung des Verkehrs bei ihr geforderten normalen Beschaffenheit abweicht. Ein solcher Mangel nun gab beim Kauf bekanntlich in zweierlei Weise die Möglichkeit, Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer zu erzeugen: der Verkäufer haftete dem Käufer gegenüber auf volles Interesse einmal, wenn er Mängel der Kaufsache beim Abschluss des Kaufvertrages kannte und dieselben dolos verschwieg, und weiter, sobald er besondere Eigenschaften besonders versprochen hatte, und die Sache späterhin

[1]) A. A. Dernburg Pand. II. § 103.

derselben ermangelte. Beide Sätze folgten aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen; ihnen zur Seite traten die Bestimmungen des Aedilenrechts und gestatteten dem Käufer, bei verborgenen Mängeln der Kaufsache, wofern durch dieselben die Brauchbarkeit beeinträchtigt wurde, und blossen Zusagen des Verkäufers, sofern sich dieselben nicht als vage Anpreisungen tagtäglicher Reklame qualifizierten, entweder Aufhebung des Geschäfts (actio redhibitoria) oder Minderung des Preises (actio quanti minoris) zu fordern. Beide Klagen standen in privativer Klagenkonkurrenz. [1])

Betrachten wir nun die vorstehend entwickelten Regeln in Bezug auf ihre Anwendbarkeit beim Tausch, so stellt sich diesmal die Sache hier sehr einfach:

1. Die beiden generellen Sätze der Haftung des Verkäufers auf das Interesse werden als allgemeinen Rechtsprinzipien entflossen auch auf den Tausch auszudehnen, und zwar wird jeder der Kontrahenten in Ansehung der von ihm gemachten Leistung hier gleichsam als Verkäufer anzusehen sein.

2. Die beiden speziellen Vorschriften des Aedilenrechts sind ausdrücklich auch für den Tausch als geltendes Recht bezeichnet (fr. 19 § 5 de aed. ed. 21. 1):

Deinde aiunt aediles: „emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus". pollicentur emptori actionem et successoribus eius qui in universum ius succedunt. emptorem accipere debemus eum qui pretio emit. sed si quis permutaverit, dicendum est utrumque emptoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri.

Demnach werden wir bei der Frage der Haftung wegen Mängel und Zusagen Kauf und Tausch in gleicher Weise zu behandeln haben. Auf einem anderen Blatte steht freilich, wie sich die speziell für

[1]) Eine eigentümliche Ansicht, ohne sie jedoch näher zu begründen, giebt Dernburg, Pand. II, § 101.

den Kauf und nur für den Kauf passende actio quanti minoris, die Minderung des Preises, beim Tausch als Minderung der Gegenleistung praktisch wird durchführen lassen. Bähr hat allerdings im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft[1]) für den Tausch derartige Berechnungen aufgestellt und in geistreicher Weise durchgeführt, allein er gelangt zu einem Resultat, das den Fällen des Tauschhandels angemessen sein mag, das aber kaum dem Wesen des Tausches im Allgemeinen entspricht: der eine der Kontrahenten muss Geld herausgeben, um auf diese Weise den „idealen einheitlichen Kontraktswert" — die Kontrahenten haben eben durch den Tausch die beiden Tauschgegenstände als gleichartig hingestellt — zu konstruieren. Wir haben schon früher behauptet, dass die Parteien beim Tausch sich in den meisten Fällen über den Wert der getauschten Sachen garnicht einmal völlig klar werden und meinen, dass demnach eine Herauszahlung von Geld zu diesem oder jenem Tauschobjekt keineswegs ihren Intentionen entspricht: ein haarscharfes Abwägen der Tauschsachen ist dem Tausche eben fremd. Und andererseits ist von den verwickelten Rechnungen, zu denen man gelangt, kaum Erspriessliches für die Praxis zu erhoffen.

2. Mit der Tradition der Kaufsache ist zunächst dem Kaufvertrage an sich Genüge geschehen: der Käufer ist in den Besitz des von ihm gekauften Gegenstandes gelangt. Erst, wenn ihm nun nachträglich die Sache evinziert wird, zeigt sich als weitere Verbindlichkeit des Verkäufers aus dem Kaufvertrage das praestare emptori rem habere licere in der Haftung auf vollen Ersatz des Interesses an den Käufer (fr. 8 de evict. et dupl. stip. 21. 2): venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse.

---

[1]) Bd. VII, S. 70.

Auf die einzelnen Voraussetzungen der Eviktion können wir an dieser Stelle nicht näher eingehen, ebensowenig auf die historische Entwicklung der Haftung wegen Eviktion überhaupt — in welcher uns ein bedeutsamer Fingerzeig für den eigentümlichen Charakter dieser Lehre beim Kauf zu liegen scheint — kurz aber möchten wir darauf hinweisen, dass diese Haftung des Verkäufers nicht bloss auf den Fall der Eviktion im technischen Sinne beschränkt blieb, sondern dass sie auf alle Fälle ausgedehnt wurde, in denen eben durch das mangelhafte Recht des Verkäufers dem Käufer Vermögensnachteile irgend welcher Art erwuchsen. Naturgemäss, sollte man meinen, müsste diese Haftung wegen Eviktion beim Kauf auch bei den dem Kauf verwandten Verträgen, insonderheit überall da, wo entgeltliche Veräusserung vorliegt, wiederkehren, also auch beim Tausch. Indessen zwei Erwägungen werden gerade beim Tausch wenig Raum für diese nur dem Normalcharakter des Kaufs sich anschmiegende eigene Eviktionslehre lassen:

1. Der Kauf kennt auf Seiten des Verkäufers nur ein praestare emptori rem habere licere, der Tausch dagegen verlangt allemal wechselseitige Eigentumsübertragung an der Tauschsache von beiden Kontrahenten: mithin ist schon der Beginn der Haftung bei beiden Verträgen verschieden.

2. Der Kauf verlangt seinem Wesen gemäss den Ersatz des vollen Interesses; bei dem Tausch dagegen, bei dem der Charakter eines mehr freundschaftlichen Austausches der Sachen hervortritt, dürfen wir eine volle Interessen-Entschädigung für kaum empfehlenswert halten, da in den meisten Fällen seitens der kontrahierenden Parteien kein Realisieren zu vollem Werte intendiert war.

Man denke sich folgenden Fall: A. tauscht gegen irgend etwas ein Buch von B. ein. Dies Buch

war für B. ziemlich wertlos: nun stellt sich nachträglich heraus, dass es einen bedeutenden Wert für einen Gelehrten repräsentiert, vielleicht ist es irgend eine kostbare Handschrift, für den B. aber wäre es auch jetzt noch ziemlich wertlos, soll B. da im Falle der Eviktion dem A. auf volles Interesse haften, trotzdem er beim Tausch den Wert des Buches bedeutend unterschätzt hat?

Demgemäss haben denn auch die Römer es abgelehnt, die Regeln des Kaufs in diesem Punkte auf den Tausch zu übertragen, und wieder ihre Zuflucht zu der actio in factum genommen, die ihnen durch das freie Ermessen des Praetors die Möglichkeit gab, wie allen Besonderheiten des Falles gerecht zu werden, so auch die Höhe des Schadensersatzes den Umständen entsprechend festzusetzen, (fr. 1 § 1 h. t.):

Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur. [1])

3. Das Römische Recht gestattete dem Verkäufer, der nicht einmal die Hälfte des gemeinen Wertes des Kaufobjekts erhalten hatte, Rescission des ganzen Geschäfts zu fordern, eine Bestimmung, die eigentlich dem naturaliter licere contrahentibus se circumvenire beim Kauf nicht angemessen erscheint, die aber von den Kaisern Diocletian und Maximian im Hinblick auf die Lage der Grundbesitzer der damaligen Zeit erlassen wurde, um diese bei den Veräusserungen ihrer Grundstücke im Falle äusserster Not wenigstens etwas gegen die gröbste Uebervorteilung seitens der Käufer zu schützen (l. 2 C. de resc. vend. 4. 44):

[1]) Es kann sich hier natürlich nur um den Fall handeln, wo als Gegenleistung eine fremde Sache gegeben ist. War als erste Leistung eine fremde Sache gegeben, so war ja überhaupt kein Tauschvertrag zu Stande gekommen (fr. 1 § 3 h. t.).

rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

Die Stelle erwähnt zugleich das Recht des Käufers, durch Leistung des vollen gemeinen Wertes, indem er den noch fehlenden Betrag nachträglich zahlt, den Vertrag aufrecht zu erhalten.

Eine weitgehende Praxis hat nun seit der Glossatorenzeit diese speciell zum Schutze des Verkäufers gegebene Bestimmung auch auf den Käufer ausgedehnt und dann den weiteren Schritt gewagt, sie auf alle gegenseitigen Verträge, mithin auch auf den Tausch, für anwendbar zu erklären. Widerspricht einer solchen Ausdehnung auch die Geschichte, die ratio des Gesetzes, so ist sie doch so allgemeine Gewohnheit geworden,[1]) dass man sich wohl oder übel damit aussöhnen muss, und man kann dies beim Tausch um so leichter, als der Charakter desselben als eines mehr freundschaftlichen Austausches von Sachen einer derartigen Regel nicht zu widersprechen scheint. So lesen wir denn auch bei Unterholzner:[2]) „bei übermässiger Uebervorteilung lässt der heutige Gerichtsgebrauch gewöhnlich ebenfalls das beim Kauf geltende Recht eintreten: und dies lässt sich auch ganz gut rechtfertigen, wenn man dies bloss als eine natürliche Entwicklung des Grundsatzes der Gewissenhaftigkeit betrachtet".

---

[1]) Man vgl. die bei Windscheid. Pand. II. § 396 in Anm. 10 zitierten zahlreichen Belege aus Seuffert's Archiv.

[2]) U. Schuldverh. II, § 486.

III.

Der Tausch in den Partikularrechten, insbesondere im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten.

§ 6.

Im Gegensatze zum Römischen Recht tritt uns in den Partikularrechten fast überall mit mehr oder minder grösserer Bestimmtheit die Tendenz entgegen, den Tausch durchweg analog dem Kauf zu behandeln. Der Grund für diese Erscheinung dürfte vorzugsweise in folgenden zwei Momenten zu finden sein: einmal gelangte der Tausch, wie wir schon früher ausführten, so selten vor den Richter, dass man die Unbilligkeiten, welche durch die Anwendung der Regeln des Kaufs auch auf den Tausch hervorgerufen werden, nicht allzu oft praktisch empfinden und demgemäss erkennen konnte, und andererseits ging der Zug der Zeit mehr und mehr dahin, zu generalisieren, im Gegensatze zum Römischen Recht, das von jeder abstrakten Generalisierung zurückscheute und in zahllosen konkreten Fällen, die es aneinander reihte, von Einzelentscheidung zu Einzelentscheidung schritt, ohne von vornherein allgemeine Prinzipien aufzustellen.

Wir betrachten in Kürze, wie die wichtigsten Partikularrechte die Materie Tausch reguliert haben.

Der code Napoléon (1804) beschäftigt sich im VII. Titel des III. Buchs mit dem Tausch, und zwar in sehr kurzer, bündiger Weise. Abgesehen von einigen wenigen Sonderbestimmungen, wie Ausschluss der

Rescission wegen laesio enormis[1]) (Art. 1706: la rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange) und Möglichkeit der Rückforderung der hingegebenen Sache bei Eviktion der empfangenen [neben dem Recht, auf volle Interessenentschädigung zu klagen] (Art. 1705: le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange a le choix de conclure à des dommages et intérêts, ou de répéter sa chose[2]), wird der Tausch überall den Regeln des Kaufs unterstellt und nach ihnen beurteilt. Wir lesen Art. 1707:

Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange. . . .

Auch das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch (1811) behandelt Kauf und Tausch analog: man vergleiche in dieser Beziehung die §§ 1061, 1064 und namentlich 1066, wo es heisst:

In allen bei einem Kaufvertrage vorkommenden Fällen, welche in dem Gesetze nicht ausdrücklich entschieden werden, sind die in den Hauptstücken von Verträgen überhaupt, und von dem Tauschvertrage insbesondere aufgestellten Vorschriften anzuwenden.

Auf demselben Standpunkt steht ferner das Sächsische Gesetzbuch von 1863 (§ 1138):

Bei dem Vertrage, vermöge dessen der Eine dem Anderen eine Sache oder ein Recht an einer Sache oder gegen eine Forderung überträgt oder zu übertragen verspricht, sind die gegenseitigen Verbindlichkeiten der Vertragsschliessenden analog nach den Vorschriften über den Kauf zu beurteilen.

Auch äusserlich dokumentiert das Gesetzbuch

---

[1]) Der code Nap. kennt übrigens auch beim Kauf eine Aufhebung des Vertrages wegen laesio enormis nur auf Seiten des Verkäufers (Art. 1674. 1683).

[2]) Die Bestimmung dürfte einer vielleicht zu lebhaften Erinnerung an die Theorie der alten Innominalkontrakte entstammen.

die völlige Unterwerfung des Tausches unter die Regeln des Kaufs in drastischer Weise dadurch, dass die einzige Spezialbestimmung des Tausches, nach welcher das Vorkaufsrecht bei ihm nicht ausgeübt werden kann (§ 1130), unter der Rubrik Kauf ihre Stelle gefunden hat.

Das allgemeine Preussische Landrecht (1794) endlich macht ebenfalls keine Ausnahme von der Regel, wenn es in Titel XI[1]) § 364 heisst:

Bei dem Tausche ist jeder Kontrahent, in Ansehung der Sache, die er giebt, als Verkäufer, und in Ansehung derjenigen, die er dagegen empfängt als Käufer zu betrachten.

Damit ist die Materie hinlänglich und deutlich genug geregelt: das Recht des Tausches ist in dem Recht vom Kaufvertrage enthalten, und wir werden, um es zu konstruieren, überall auf die Bestimmungen des Kaufs zurückgreifen müssen. Wir beginnen mit der laesio enormis.

Das Missverhältnis zwischen Waare und Preis, zwischen Leistung und Gegenleistung, das, wie wir im Römischen Recht gesehen haben, auf Grund der l. 2 C. de resc. vend. 4. 44 dem Verkäufer bei Verletzung über die Hälfte eine Klage auf Aufhebung des Vertrages gab, die dann von der Praxis unter Verkennung des historischen Ursprungs der gesetzlichen Bestimmung auch dem Käufer, der mehr als das Doppelte des Wertes der Kaufsache versprochen oder gezahlt hatte, zugebilligt wurde, kehrt auch im Landrecht als Aufhebungsgrund wieder, aber nur ausnahmsweise als Aufhebungsgrund zu Gunsten des Käufers (§ 59):

Ist jedoch das Missverhältnis so gross, dass der Kaufpreis den doppelten Betrag des Werts der Sache übersteigt, so begründet dieses Missverhältnis, zum

[1]) Der XI. Titel handelt im I. Abschnitt vom Kauf, im II. Abschnitt vom Tausch.

Besten des Käufers, die rechtliche Vermutung[1]) eines den Vertrag entkräftenden Irrtums.

Für den Verkäufer ist der Aufhebungsgrund ausdrücklich beseitigt durch § 69. Der Grund für dieses Verfahren liegt, wie es im Commentar von Koch[2]) mit Recht heisst, darin, dass „die Verfasser des Landrechts dieses Remedium des Verkürzten nicht aufgefasst haben als ein mit den Eigentümlichkeiten gewisser Verträge[3]) organisch Zusammenhängendes; sie haben es als ein positiv eingeführtes Institut angesehen, welches nicht zu rechtfertigen, ja nachteilig sei. Sie haben es daher abzuschaffen für gut befunden, und nur eine ausnahmsweise Anwendung davon auf den Fall des Käufers, Tauschers und Lieferungsempfängers gemacht."

Dass aber dies Remedium auch den Kontrahenten beim Tauschvertrage zu Gute kommen musste, folgte schon aus § 364, weil eben jeder Kontrahent in Ansehung der empfangenen Sache als Käufer anzusehen ist, und hätte es mithin des § 365 nicht bedurft. Auch die Bestimmung des § 366 dürfte angesichts des § 61 in der Lehre vom Kauf als überflüssig erscheinen, indessen: superflua non nocent. Von Wichtigkeit dagegen ist wieder der § 375, wonach beim Kauf oder Tausch von Medaillen und Münzen, welche der Seltenheit wegen gesucht werden, der Einwand der Verletzung über oder unter der Hälfte niemals stattfindet.

Den Uebergang der Gefahr auf den Käufer regelt sodann § 95:

Solange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt bei allen freiwilligen Verkäufen, wenn sie nicht in Bausch und Bogen ge-

---

[1]) Die Vermutung ist durch die C. P. O. nicht aufgehoben worden: E. (C. P. O.) § 16 Nr. 1.

[2]) Koch, Kommentar VIII. Aufl. Bd. I, S. 730. Anm. 59.

[3]) Die gemeinrechtliche Praxis hatte es weiter auf alle gegenseitigen Verträge ausgedehnt (cf. oben S. 25).

schlossen, oder sonst ein Anderes ausdrücklich verabredet worden, Gefahr und Schade dem Verkäufer zur Last.

Daraus folgt, dass mit der Uebergabe der Sache auch die Gefahr auf den Käufer übergeht, freilich muss der Kauf unbedingt (§ 259) und „völlig" (§ 130) abgeschlossen sein; daraus folgt weiter, dass, da sich beim Tausch in dieser Hinsicht keine spezielle Vorschrift findet, auch die Gefahr der Tauschsache erst mit der Uebergabe auf den betreffenden Empfänger übergeht. Das Landrecht hat mithin für den Kauf die Bahnen des Römischen Rechts verlassen und den historischen Satz: periculum est emptoris beseitigt [1]); für den Tausch aber befindet es sich wieder in völliger Uebereinstimmung mit dem Römischen Recht, das ebenfalls erst mit der Uebergabe der Tauschsache die Gefahr auf den Empfänger als Eigentümer wälzt.

Für Fehler und Mängel der Kaufsache und die daraus resultierenden Klagen des Käufers kommt in Betracht § 198. Derselbe verweist auf die §§ 319 ff. im V. Titel. Das Landrecht spricht hier von fehlenden vorbedungenen und fehlenden gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, und unterscheidet bei letzteren wieder in die Augen fallende und nicht in die Augen fallende fehlende Eigenschaften. Bei beiden Kategorieen wendet es dieselben Regeln an (§§ 325—328), nur verlangt es bei den fehlenden gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, die zugleich in die Augen fallend sind, eine sofortige, ausdrückliche Rüge beim Empfange (§ 330). Nach diesen Regeln stellt sich nun die Sache so, dass sich dem Empfänger (Käufer) der fehlerhaften Sache drei Möglichkeiten bieten:

1. Er kann auf die Gewährung der fehlenden Eigenschaften antragen (§ 325);

---

[1]) Man vgl. die Rechtfertigung Suarez' in seinen amtlichen Vorträgen bei der Schlussrevision des A. L. R. in den Jahrb. 41, S. 16.

2. er kann, wenn der Geber (Verkäufer) die fehlende Eigenschaft nicht gewähren kann, von dem Kontrakte abgehen, redhibitorisch klagen (§ 326);

3. er kann die Minderungsklage anstellen (§ 328).

Da sich für den Tausch in diesem Punkt keine speziellen Bestimmungen finden, so wird er den Regeln des Kaufs folgen, und demgemäss jeder Kontrahent in Ansehung der empfangenen Sache dieselben Rechte wie ein Käufer haben.

Den gleichen Regeln (§§ 325—328) unterstellt das Landrecht auch den Fall des § 164 im XI. Titel, wo es für den Kauf heisst:

Ist durch den Anspruch des Dritten nicht die ganze Sache, sondern nur ein Teil oder Pertinenzstück, oder eine damit verkaufte Gerechtigkeit dem Käufer entzogen worden, so finden wegen der Fälle, wo der Käufer von dem ganzen Vertrage zurücktreten kann, die Vorschriften des V. Titels § 325 sqq. Anwendung.

Man argumentierte nämlich: eine solche Entziehung eines Teils einer Sache involviert eine Veränderung der ganzen Sache, die dadurch gleichsam fehlerhaft wird; daher kann auch hier der Käufer nach den Regeln des § 325 ff. vom ganzen Vertrage zurücktreten oder gleichfalls die Minderungsklage anstellen. An und für sich müsste nun konsequenterweise dasselbe auch beim Tausch eintreten, indessen das Gesetz gestattet dem also Verletzten des Tauschvertrages nur die Minderungsklage (§ 370):

Ist einem der Kontrahenten nur ein Teil der eingetauschten Sache durch den Anspruch eines Dritten entzogen worden, so müssen beide vertauschte Sachen abgeschätzt und sodann der Wert des entzogenen Teils verhältnismässig bestimmt werden.

Man argumentierte beim Kauf aber andererseits auch folgendermassen: eine Entziehung eines Teiles einer Sache ist immerhin, für sich betrachtet, als

eine Entwehrung[1]) eines einzelnen Stückes anzusehen, und demgemäss müssen die Regeln, die für die Entwehrung der ganzen Sache Platz greifen, auch für die Entwehrung des einzelnen Stückes der Sache in Kraft treten. Diesem Ideengang entsprang der § 169:

Kann oder will der Käufer in dem Falle des § 194 nicht zurücktreten, so gelten in Ansehung dieses Teils oder Zubehörs eben die Grundsätze, wie in Ansehung des Ganzen.[2])

Damit gelangen wir nun zu der Frage: wie stellt sich das Landrecht zur Eviktion der Kauf-, der Tauschsache überhaupt?

In § 135 lesen wir:

Der Verkäufer ist schuldig, dem Käufer die Sache so zu gewähren, dass dieser dieselbe bedungenerweise als sein Eigentum[3]) besitzen, nutzen und darüber verfügen kann,

und als unmittelbare Folge in § 136:

Er muss also auch den Käufer gegen alle Ansprüche eines Dritten vertreten.

Ist nun die Sache evinziert, so wird natürlich zunächst, wenn die Parteien über die Schadloshaltung des Käufers in solchem Falle etwas Besonderes ausgemacht haben, dies zu berücksichtigen sein (§ 153). Im Uebrigen wird unterschieden:

1. Der Käufer ist unredlicher Besitzer, er hat gewusst, dass er eine fremde Sache kaufe, dann hat er keinerlei Anspruch gegen den Verkäufer (§ 159);

---

[1]) Entwehrung oder Entwährung? Windscheid II. § 391. Anm. 1.

[2]) Man vergl. auch Oesterr. Ges. §§ 922, 923, 932. In den übrigen modernen Gesetzbüchern ist die Verpflichtung zur Gewährleistung des veräusserten Rechtes überall geschieden von derjenigen zur Gewährleistung wegen Mängel der veräusserten Sache (code Nap. Art. 1625 ff. Sächs. Ges. §§ 899 ff., 930 ff).

[3]) Betreffs des Requisits der Eigentumsübertragung an der Kaufsache: § 1, an der Tauschsache: § 363.

2. Käufer und Verkäufer haben gewusst, dass es sich um eine fremde Sache handelt, dann fällt der Kaufpreis dem Fiskus zu (§ 160);

3. Der Käufer hat beim Kauf nicht die gehörige Vorsicht angewendet und wird nur deswegen dem wahren Eigentümer gegenüber als unredlicher Besitzer geachtet, so muss das Kaufgeld ihm restituiert werden und erhält er ausserdem Entschädigung (§§ 161, 162);

4. Der Käufer ist redlicher Besitzer, so treten die Folgen der §§ 154, 155, 156, 157 ein.

[Ein dolus des Verkäufers ist in § 155 nicht anzunehmen, war ein solcher vorhanden, so tritt § 163 ein [1].]

Der Tausch wird auch hier analog zu beurteilen sein (§ 367), nur mit der Ausnahme, dass, wenn ein dolus des Gebers vorhanden war, der § 369 zur Geltung kommt:

Hat aber der Geber der fremden Sache sich eines Betruges schuldig gemacht, so hat der Empfänger die Wahl: ob er seine vertauschte Sache zurücknehmen, oder von dem Geber, wegen des aus der Entziehung der eingetauschten Sache erwachsenen Schadens und entgangenen Gewinns, vollständige Genugthuung fordern wolle.

Damit hätten wir die Hauptpunkte in der Lehre vom Tausch nach Preussischem Landrecht berührt, wir verweisen zum Schluss noch auf die §§ 371, 372, die sich angesichts des § 364 unschwer konstruieren lassen, und auf die positive Bestimmung im § 373, auf die wir hier jedoch nicht näher einzugehen beabsichtigen.

---

[1]) Man vgl. Koch, Kommentar I. S. 756 Anm. 62 in fine.

IV.

Der Tausch im „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich".

§ 7.

Der Entwurf gedenkt des Tausches nur in einem einzigen kurzen Paragraphen (§ 502):

„Auf den Tauschvertrag finden die Vorschriften über den Kaufvertrag entsprechende Anwendung. Jeder der Vertragschliessenden ist in Ansehung der von ihm versprochenen Leistung gleich einem Verkäufer und in Ansehung der ihm zugesicherten Leistung gleich einem Käufer zu beurteilen."

Mit dieser Bestimmung hat sich der Entwurf den Partikularrechten angeschlossen und den Tausch bis ins Einzelne vollständig und ausnahmslos den Regeln des Kaufs unterworfen. Wir werden also wiederum überall auf den Kauf zurückgehen müssen.

1. Was zunächst das im Römischen Recht beim Tausch bestehende Erfordernis der Eigentumsübertragung an der Tauschsache betrifft, so hat der Entwurf dasselbe beibehalten, indem er in § 370 allgemein bestimmt:

Wer sich durch Vertrag zur Veräusserung einer Sache verpflichtet (Veräusserer), hat dem anderen Vertragschliessenden (Erwerber) das Eigentum an der Sache zu verschaffen.

Betrifft der Vertrag die Veräusserung eines Rechtes, so hat der Veräusserer dieses Recht zu verschaffen,

und in § 459, denselben Gedanken reproduzierend, für den Kauf und demgemäss auch für den Tausch insonderheit festsetzt.

Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer, wenn eine Sache Gegenstand des Kaufes ist, die verkaufte Sache zu übergeben und das Eigentum an derselben zu verschaffen, wenn ein Recht Gegenstand des Kaufes ist, dieses Recht zu verschaffen und bei dem Verkaufe eines auf eine Sache sich beziehenden Rechtes, zu dessen Ausübung die Innehabung der Sache erforderlich ist, die letztere zu übergeben.

In diesem Punkte wird also auch nach dem Entwurf scheinbar keine Aenderung für den Tausch eintreten.

2. Wenn wir bei der Besprechung des Römischen Rechts im Gegensatze zum Kauf die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Tauschsache erst mit der Uebergabe derselben an den Empfänger als Eigentümer übergehen liessen, so müsste nunmehr, wo die Regeln des Kaufs als geltendes Recht beim Tausch anzuwenden sind, dem Römischen Prinzip gemäss der Satz: periculum est emptoris auch für den Tausch wirksam werden, mit anderen Worten, es müsste auch beim Tausch mit Abschluss des Vertrages jeden Kontrahenten die Gefahr der ihm zugesagten Sache treffen. Indessen die Sache stellt sich anders. Der Entwurf sagt in § 463:

Der Verkäufer trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung sowie die Lasten der verkauften Sache bis zur Uebergabe der letzteren an den Käufer.

Damit ist der Entwurf, was den Kauf betrifft, wie auch das Preussische Landrecht in entschiedenen

Widerspruch zum Römischen Recht getreten [1]): der Moment der Tradition entscheidet, nicht mehr die blosse Perfektion des Vertrages, die Einigung der Parteien über Waare und Preis. Wir können hier natürlich nicht näher eingehen auf die Frage, ob der Römische Satz: periculum est emptoris oder die Bestimmung des Entwurfs mit ihrem Hinausschieben des Ueberganges der Gefahr zweckmässiger ist, ob die Motive Recht haben, wenn sie sagen [2]): „die Erklärung und Begründung der Römischen Gefahrverteilung beim Kauf, ... hat den Juristen bis auf den heutigen Tag viel zu schaffen gemacht; selbst an Zweifeln, ob der Satz wirklich gelte, und an Versuchen, ihn zu beseitigen, hat es nicht gefehlt. Es widerstrebt in der That der Natur der vertragsmässigen gegenseitigen Verbindlichkeiten, dass ungeachtet des Wegfalles der einen die andere ohne Gegenleistung fortbestehen soll. Nur dringende Gründe der Zweckmässigkeit, Billigkeit und Praktikabilität könnten die Aufnahme des theoretisch kaum zu erklärenden, mit sonstigen Rechtsprinzipien und dem Wesen der in Betracht kommenden Verträge im Widerspruch stehenden und in einem grossen Teile Deutschlands durch die Gesetzgebung reprobierten Satzes in das bürgerliche Gesetzbuch rechtfertigen. Solche Gründe liegen nicht vor." Wir glauben, dass man der Praxis selbst die Beantwortung der Frage anheimgeben muss, und begnügen uns, für unsere Zwecke zu konstatieren, dass für den Tausch mithin auch in dieser Beziehung eine vom Römischen Recht abweichende Behandlung nicht nötig wird.

3. Schon im Römischen Recht war, wie wir

---

[1]) Dem Römischen Recht folgt das Sächsische Gesetzbuch §§ 1091, 866, 867 und in gewisser Weise auch der code Napoléon Art. 1624, 1138.

[2]) Motive II. § 368 S. 206.

ausgeführt haben, die Haftung wegen Mängel und Zusagen, die sich beim Kauf entwickelt hatte, auch auf den Tausch übertragen. Wir haben nicht unterlassen, seiner Zeit auf die Schwierigkeiten hinzuweisen, die die actio quanti minoris in der Praxis zur Folge haben wird, indessen die Thatsache bestand im Römischen und damit im gemeinen Recht, die Thatsache besteht auch fort in dem Rechte des Entwurfs, und zwar hier für einen noch weiteren Kreis von Verträgen. Der § 381 enthält das Prinzip der Haftung des Veräusserers, der § 382 statuiert zwei Ausnahmen von demselben und der § 383 endlich, der für uns am meisten in Betracht kommt, lautet:

Ist die Haftung des Veräusserers nach den §§ 381, 382 begründet, so kann der Erwerber nach seiner Wahl verlangen, dass der Vertrag rückgängig gemacht (Wandelung) oder dass die Gegenleistung herabgesetzt werde (Minderung).

Die generelle Fassung des Paragraphen weist auf seine generelle Geltung für alle Verträge hin, bei denen es sich um die Veräusserung einer Sache, eines Rechtes handelt, für Kauf, Tausch und sonstige Innominatkontrakte. Die redhibitorische und Minderungsklage stehen auch nach dem Entwurf in privativer Klagenkonkurrenz. § 384 bestimmt:

Auf die Wahl zwischen dem Rechte der Wandelung und dem Rechte der Minderung finden die Vorschriften des § 208 und des § 209 Satz 1 entsprechende Anwendung,

und dieser erste Satz des § 209 heisst eben:

Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich.

Neben diesen beiden in § 383 dem Erwerber zugebilligten Rechte, giebt der § 385 ihm die auch schon nach Römischem Recht bestehende, aus allgemeinen Rechtsprinzipien sich herleitende Befugnis des Anspruchs auf Schadensersatz, „wenn zur Zeit der Schliessung des Vertrages eine zugesicherte

Eigenschaft nicht vorhandeu gewesen oder ein damals vorhanden gewesener Mangel der im § 381 Abs. 2 bezeichneten Art von dem Veräusserer dem Erwerber wissentlich verschwiegen ist".

Endlich hat der Entwurf auch eine vielverhandelte Streitfrage des gemeinen Rechts[1]) betreffend die Anwendbarkeit der aedilizischen Rechtsmittel auf den Genuskauf, und also auch auf den Genustausch, beseitigt, wenn er in § 398 bestimmt:

Betrifft die Veräusserung eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, so steht dem Erwerber ausser den Rechten der Wandelung und der Minderung auch das Recht zu, die Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften zu fordern.

4. Die Haftung wegen Eviktion, die im Römischen Recht aus der Pflicht des Verkäufers zur praestatio emptori rem habere licere hervorging und demgemäss erst nach der Erfüllung des Vertrages als eine Pflicht aus dem Vertrage eintrat, wenn dem Käufer thatsächlich der Besitz der Kaufsache entzogen war, müsste folgerichtigerweise nach dem Entwurfe, der das Requisit der Eigentumsübertragung auch beim Kauf acceptiert hat, sofort bei Erfüllung des Vertrages entstehen, sobald dem Käufer nicht wirklich Eigentum übertragen wäre, mit anderen Worten, „die Verpflichtung müsste sich hier nicht auf den Fall der Entwehrung beschränken, sondern der Schuldner (Verkäufer) müsste sofort haften, sobald es feststeht, dass er das zu verschaffende Recht nicht, oder nicht so verschafft hat, dass kraft desselben das Haben und Behalten der Sache möglich ist". [2]) Diesem Gedanken entspricht denn auch § 374 Satz 1 mit weiterer Ausführung in Satz 2:

---

[1]) Für Anwendbarkeit auch auf den Genuskauf nach gemeinem Recht: Dernburg. Pand. II. § 101. Anm. 22. A. A. Windscheid. Pand. II. § 394. Bernhöft. Kauf, Miethe . . . S. 42.

[2]) Windscheid II. § 392.

Solange der Veräusserer wegen eines Mangels in seinem Recht die nach den §§ 370, 371 ihm obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt hat, ist der Erwerber die ihm obliegende Gegenleistung zu verweigern befugt. Es macht keinen Unterschied, ob den übrigen Erfordernissen, von welchen der Erwerb des dem Erwerber zu verschaffenden Rechtes abhängt, bereits genügt ist oder nicht.

Dann aber macht derselbe Paragraph das ganze Erfordernis der Eigentumsübertragung zu einem fast illusorischen, wenn er fortfährt:

Ist jedoch den erwähnten Erfordernissen genügt, so kann, soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, der Erwerber gegen den Veräusserer einen Anspruch wegen Nichterfüllung der demselben nach den §§ 370, 371 obliegenden Verpflichtungen *erst dann erheben, wenn das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist.*

Damit ist denn für den Kauf, und also auch für den Tausch, die ganze Eviktionslehre wieder zu der Römischen Auffassung beim Kauf zurückgekehrt, der Schuldner haftet noch „*nicht* aus der blossen Thatsache des nicht verschafften Rechts", trotzdem das Recht, das Eigentum zu übertragen war. Es ist dies eine Inkonsequenz des Entwurfs, die er freilich durch eine gewisse Selbstkorrektur wenigstens etwas wieder gut macht (§ 375, 376). Der § 377 regelt sodann den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen den Veräusserer: auch er wird analoge Anwendung auf den Tausch finden.

5. Was endlich das im Römischen Recht bestehende Auflösungsrecht des Kaufs wegen laesio enormis betrifft, so hat der Entwurf dasselbe beseitigt[1]). Die Motive[2]) sagen darüber:

„Es fehlt für dieses in den heutigen Verkehrs-

[1]) Ebenso Sächs. Gesetzbuch § 864.
[2]) Motive II. S. 321.

anschauungen nicht mehr begründete, für die Rechts- und Verkehrssicherheit gefährliche, kontroverse, bezw., wo es gesetzlich noch anerkannt ist, verschiedenartig gestaltete Rechtsmittel, wie an der Grundlage in den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfs (§§ 98, 102), so am Bedürfnisse. Erfahrungsgemäss wird ohnedies auf dasselbe in den weitaus meisten Fällen verzichtet. Im Falle eines Betruges genügen die diesfalls zustehenden Rechtsmittel."

Damit ist denn aber auch für den Tausch die laesio enormis als Anfechtungsgrund gestrichen.[1])

---

[1]) Code Napoléon Art. 1706.

V.

Schluss.

§ 8.

Resultat.

I. Wir haben oben darauf hingewiesen, dass die Römer die tauschenden Parteien nicht ein für allemal unter eine specielle Tauschklage mit fest bestimmtem Charakter, etwa eine actio permutationis, gestellt haben, sondern dass sie dem Ermessen des Praetors freien Spielraum liessen, wenn sie, wie bei den Innominatkontrakten überhaupt, die actio in factum, die actio praescriptis verbis gewährten; wir haben andererseits gesehen, dass die in den Partikularrechten und neuerdings im Entwurf zu Tage getretene Tendenz mehr und mehr dahingeht, Tausch und Kauf konform zu behandeln und die Kontrahenten des Tauschvertrages den fest normierten Regeln des Kaufs zu unterwerfen. Wir glauben, dass dem Römischen Verfahren ein gesunder Gedanke zu Grunde lag: dort war es möglich, auf die Besonderheiten des einzelnen Falles Rücksicht zu nehmen, analoge Anwendung der Bestimmungen analoger Rechtsgeschäfte zu bewirken und auf diese Weise dem mehr freundschaftlichen Charakter des Tausches Rechnung zu tragen. Wir können es demgemäss für keine glückliche Entwicklung der Dinge halten, wenn der Tausch sich dem Kaufe mehr und mehr näherte und schliesslich definitiv in den Bestimmungen des ihm allerdings verwandten, aber doch auch wieder von ihm grundverschiedenen Vertrages auch seine Bestimmungen fand. Die Römer haben den Tausch geregelt, aber sie haben ihn nur in weiten Umrissen

geregelt, wie die Innominatkontrakte überhaupt; und sie haben gut daran gethan: die mannigfach verschiedenen Innominatkontrakte lassen keine Aufstellung allgemein passender Regeln zu, insonderheit kann die Lehre vom Tausch nicht dabei gewinnen, wenn man ihn ohne Weiteres den Normen des Kaufs unterstellt, entgegen seinem Grundcharakter entgegen der historischen Sonderentwicklung jedes der beiden Verträge.

Verfolgt man aber den Gedanken des Römischen Rechts weiter und scheut man sich nicht, die Konsequenz zu ziehen, so wird man de lege ferenda zu dem für die herrschende Richtung ketzerischen Resultat gelangen: dem Richter bei den Innominatkontrakten möglichst freie Hand zu lassen, welche Analogieen er in dem Einzelfalle anwenden und inwieweit er sie berücksichtigen will, mit anderen Worten: auch die Materie Tausch heute nach dem Vorgange des Römischen Rechts nur wenig zu regeln. Will man indessen in gewisser Weise hier doch eingreifen, so dürfte es allerdings empfehlenswert sein, die Fälle, wo ein geschäftsmässiger Charakter klar zu Tage tritt, wie z. B. bei dem in der Praxis so häufig vorkommendem Pferdetausch[1]), also namentlich die Fälle des Tauschandels, als deren Kriterium man wohl meistens, ohne fehlzugehen, eine Zuzahlung von Geld zu diesem oder jenem Tauschobjekt ansehen kann, unter die Regeln des Kaufs zu stellen — der frei entscheidende Richter würde dies auch schon ohne eine derartige gesetzliche Bestimmung thun —, im Uebrigen aber das Feld ohne allzu grosse Besorgnis freier richterlicher Entscheidung zu überlassen.

[1]) Man vgl Foerster, Theorie u. Praxis . . . II, S. 59 Anm., wo der Pferdetausch, bei dem die Parteien gewöhnlich für jedes Pferd einen bestimmten Preis festzusetzen pflegten, geradezu als Kauf mit datio in solutum bezeichnet wird. Wir bezweifeln, ob die Auswerfung einer bestimmten Summe für jedes Pferd als usuell bezeichnet werden darf.

Im Einzelnen möchten wir noch bemerken:

1. Es wäre nicht abzusehen, weshalb man bei der Frage des Ueberganges der Gefahr für den Tausch von den allgemeinen Rechtsprinzipien abweichen sollte, und dürfte demgemäss, wie auch im Römischen Recht, die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Tauschsache erst mit der Uebergabe an den Empfänger als Eigentümer übergehen.

2. Die Haftung wegen Eviktion auf das volle Interesse, die beim Kauf eintritt, dürfte, abgesehen von den Fällen des Tauschhandels, dem Tausch wenig angemessen erscheinen, vielmehr möchte es sich empfehlen, entweder mit dem Römischen Recht dem Richter möglichste Freiheit zu lassen oder prinzipiell mildere Bestimmungen zur Geltung zu bringen.

3. Bei der Haftung wegen Zusagen und Mängel dürfte auf die actio quanti minoris, die sich als Minderung des Preises für den Kauf und nur für den Kauf eignet, aus praktischen Gründen zu verzichten sein.

4. Die laesio enormis endlich als Aufhebungsgrund des Vertrages, die beim Kauf mit Recht als „in den Verkehrsanschauungen nicht mehr begründet und für die Rechts- und Verkehrssicherheit gefährlich“ zu beseitigen ist, dürfte mit dem Grundcharakter des Tausches, der eine grobe Uebervorteilung des einen Kontrahenten durch den anderen, auch abgesehen von dem Falle des Betrugs, nicht zuzulassen scheint, sehr wohl verträglich sein.

II. Noch eine andere Frage von allgemeinerem Interesse legt uns unsere Arbeit nahe. Die Römische permutatio ward klagbar mit der Vorleistung von einer Seite, der moderne Tauschvertrag mit der blossen übereinstimmenden Willenserklärung beider Parteien, gleichviel in welcher Form sie erfolgt ist. Das führt uns zu der Klagbarkeit formlos abge-

schlossener Verträge überhaupt, die das gemeine Recht im Gegensatze zum Römischen Recht zum Prinzip erhoben hat.

Wenn die Römer, obschon sie sonst überall die Tendenz hatten, zu trennen und zu sondern, auf dem Gebiete der Innominatkontrakte sich jeder näheren Spezialisierung der Einzelfälle enthalten haben und an der Aufstellung der bekannten vier Formeln ihr Genüge fanden, so muss das einigermassen seltsam erscheinen. Gerade auf diesem weiten Gebiete, sollte man glauben, müsste das Recht bestimmte, genau zu beobachtende Normen schaffen, an denen der Parteiwille seine Stütze, aber auch seine Grenzen finden könnte. Indessen hat man neuerdings in dieser Reserve wieder eine Stärke des Römischen Rechts erkannt. Nur durch die actio in factum einerseits war es möglich, allen Besonderheiten der mannigfach verschiedenen Fälle gerecht zu werden, nur durch das Requisit der Vorleistung andererseits, das man ohne Unterschied für die Klagbarkeit aller Innominatkontrakte aufstellte, konnte man das wirkliche Gebundensein-Wollen der Parteien von der blossen Verabredung scheiden, und letztere ausserhalb des Rechtszwanges stellen. Es kann kaum zweifelhaft sein, dass eine solche Scheidung für jegliches Obligationenrecht dringendes Bedürfnis ist, und man wird angesichts des gemeinen Rechts mit seinem Satz von der Gültigkeit und Klagbarkeit formlos abgeschlossener Verträge deshalb um so mehr sich aufgefordert fühlen, nach einem Mittel für solche Scheidung zu suchen, als sie durch den vorerwähnten Satz fast unmöglich geworden scheint. Man hat nun einerseits gesagt, jedes Versprechen einer Leistung begründe an sich allerdings eine klagbare Obligation, die Grenze sei jedoch da zu ziehen, wo es sich um blosse Launen und nicht um den Ausdruck eines nach richterlichem Ermessen berechtigten Interesses handle; man hat andererseits das Erfordernis eines Ver-

mögenswertes der Obligation aufgestellt und damit die klagbare Verbindlichkeit von der bloss sozialen Pflicht, von dem Gebot der Höflichkeit zu trennen versucht; man hat ferner de lege ferenda wieder auf das Requisit der Vorleistung von einer Seite zurückgreifen wollen; man hat endlich die Schrift als condicio sine qua non für die Klagbarkeit der Innominatkontrakte bezeichnet.[1]) Wir möchten glauben, dass man mit dem ersten Mittel nur eine schwankende, unjuristische Grenzlinie zu ziehen vermag, dass man bei dem zweiten Mittel den Kreis der klagbaren Obligationen zu enge schlagen würde, und dass man bei dem dritten Mittel sich doch wohl allzusehr auf eine entlegene Zeit besonnen hat, deren Bestimmungen in diesem Punkte dem modernen Vertragsgedanken geradezu zuwiderlaufen. Es würde demnach nur die Schrift in Frage kommen und, wenn wir auch nicht verkennen wollen, dass sie eine keineswegs zu unterschätzende Schwierigkeit in die Lehre vom Vertragsschluss bringt, so dürfte doch dies Uebel angesichts des dadurch erreichten Vorteils getrost mit in den Kauf genommen werden können, zumal eine jener Fragen hier vorliegt, die, wenn wir recht sehen, nicht ohne diesen oder jenen Nachteil zu lösen ist. Mit Recht heisst es denn auch bei Seuffert: „welche Form aber für obligatorische Verträge — immer mit Ausnahme gewisser Vertragskategorieen — vorzuschreiben wäre, darüber kann man kaum zweifelhaft sein. An Römische Stipulationsform wird Niemand denken. Aber die Entwicklung des Römischen Rechts selbst weist den Weg zu der Form, die fortgeschrittener Kulturentwicklung entspricht, — zur Form der Schriftlichkeit."

[1]) Man vgl. die verschiedenen Ansichten: Windscheid Pand. II, § 250, Anm. 3. Dernburg Pand. II, § 17. Bernhöft a. a. O. S. 65. Seuffert a. a. O. § 17.